

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.521/20/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.001365396-86  
Impugnação: 40.010148906-23  
Impugnante: ISACOM Ltda.  
IE: 001850426.00-70  
Proc. S. Passivo: Antônio Mariosa Martins/Outro(s)  
Origem: DFT/Poços de Caldas

### **EMENTA**

**ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - SIMPLES NACIONAL. Constatada a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativo à aquisição de mercadorias por microempresa/empresa de pequeno porte situada em Minas Gerais, proveniente de outra unidade da Federação, conforme previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.**

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS pela Autuada, empresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, da antecipação do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, conforme apurado na relação de notas fiscais relacionadas no Anexo 3 (fls. 22/34) e mídia eletrônica (DVD de fls. 35), em desacordo com o previsto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar (LC) nº 123/06 c/c art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de 01/11/15 a 28/02/19.

Exige-se ICMS e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 38/65, acompanhada dos documentos de fls. 66/78, pedindo ao final a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 80/102, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar**

### Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios que entende existir no lançamento. Alega incompetência da autoridade fiscal estadual para fiscalizar empresas optantes do Simples Nacional, cerceamento de defesa por não ter sido concedido prazo para refazer a escrituração fiscal e questiona os cálculos dos valores exigidos.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

A Defesa argui incompetência da autoridade fiscal estadual para fiscalizar empresas optantes do Simples Nacional. Todavia razão não lhe assiste.

Conforme destaca o Fisco, o § 6º do art. 2º da Lei Complementar nº 123/06, citado pela Autuada, traz a referência de que devem ser observadas as demais disposições contidas na referida lei:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

(Grifou-se)

A Lei Complementar 123/06 dispõe em seu art. 33 a previsão de competência fiscalizatória comum entre as Secretarias da Receita Federal, das Fazenda Estaduais e das Fazenda Municipais, inclusive para o lançamento tributário.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e **das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado** ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1º-C. **As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos** previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

§ 1º-D. A competência para atuação por descumprimento de obrigação acessória é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida.

(...)

§ 4º O Comitê Gestor disciplinará o disposto neste artigo.

(Grifou-se)

E a Resolução CGSN 140/18 disciplina a competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias. Veja-se:

Art. 85. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional é do órgão de administração tributária: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, caput)

I - do Município, desde que o contribuinte do ISS tenha estabelecimento em seu território ou quando se tratar das exceções de competência previstas no art. 3º da Lei Complementar nº 116, de 2003;

II - **dos Estados ou do Distrito Federal, desde que a pessoa jurídica tenha estabelecimento em seu território;** ou

III - da União, em qualquer hipótese.

§ 1º No exercício da competência de que trata o caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 1º-B e 1º-C)

I - a ação fiscal, após iniciada, poderá abranger todos os estabelecimentos da ME e da EPP, independentemente das atividades por eles exercidas, observado o disposto no § 2º; e

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - as autoridades fiscais não ficarão limitadas à fiscalização dos tributos instituídos pelo próprio ente federado fiscalizador, estendendo-se sua competência a todos os tributos abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 2º Na hipótese de o órgão da administração tributária do Estado, do Distrito Federal ou do Município realizar ação fiscal em contribuinte com estabelecimento fora do âmbito de competência do respectivo ente federado, o órgão deverá comunicar o fato à administração tributária do outro ente federado para que, se houver interesse, se integre à ação fiscal. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

§ 3º A comunicação a que se refere o § 2º dar-se-á por meio do sistema eletrônico de que trata o art. 86, no prazo mínimo de 10 (dez) dias antes do início da ação fiscal. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

§ 4º As administrações tributárias estaduais poderão celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o caput. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 1º)

§ 5º Fica dispensado o convênio a que se refere o § 4º na hipótese de ocorrência de prestação de serviços sujeita ao ISS por estabelecimento localizado no Município. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 1º-A)

§ 6º A competência para fiscalizar de que trata este artigo poderá ser plenamente exercida pelos entes federados, de forma individual ou simultânea, inclusive de forma integrada, mesmo para períodos já fiscalizados. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 1º-B e 4º)

§ 7º Na hipótese de ação fiscal simultânea, a autoridade fiscal deverá tomar conhecimento das ações fiscais em andamento, a fim de evitar duplicidade de lançamentos referentes ao mesmo período e fato gerador. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 1º-B e 4º)

§ 8º Na hipótese prevista no § 4º e de ação fiscal relativa a períodos já fiscalizados, a autoridade fiscal deverá tomar conhecimento das ações já realizadas, dos valores já lançados e das informações contidas no sistema eletrônico a que se refere o art. 86, observadas as limitações práticas e legais dos procedimentos fiscalizatórios. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 1º-B e 4º)

§ 9º A seleção, o preparo e a programação da ação fiscal serão realizadas de acordo com os critérios e diretrizes das administrações tributárias de cada ente federado, no âmbito de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

suas respectivas competências. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

§ 10. É permitida a prestação de assistência mútua e a permuta de informações entre a RFB e as Fazendas Públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativas às MEE às EPP, para fins de planejamento ou de execução de procedimentos fiscais ou preparatórios. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34, § 1º)

§ 11. Sem prejuízo de ação fiscal individual, as administrações tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia com o objetivo de incentivar a autorregularização, que, neste caso, não constituirá início de procedimento fiscal. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34, § 3º)

§ 12. As notificações para regularização prévia poderão ser feitas por meio do Portal do Simples Nacional, facultada a utilização do Domicílio Tributário Eletrônico do Simples Nacional (DTE-SN) de que trata o art. 122, e deverão estabelecer prazo de regularização de até 90 (noventa) dias. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34, § 3º).

(Grifou-se)

Verifica-se, pois, que a fiscalização foi levada a efeito e o lançamento lavrado por autoridade competente.

Alega a Impugnante cerceamento de defesa por não ter sido concedido prazo para refazer a escrituração fiscal. Aqui razão também não lhe assiste.

Como exposto no relatório fiscal e transcrito pela Impugnante às fls. 39, a Contribuinte foi inicialmente notificado por meio do Módulo Autorregularização do Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE) das inconsistências detectadas em procedimento de cruzamento de dados eletrônicos, possibilitando-lhe regularizar as pendências, nos termos do art. 68 do RPTA.

Art. 68. - Na realização do procedimento de cruzamento eletrônico de dados, se detectadas inconsistências relativas às obrigações tributárias, o sujeito passivo poderá:

I - ter o seu nome e a respectiva inconsistência indicados no Módulo de Autorregularização do SIARE;

(...)

§ 1º - Na hipótese do inciso I do caput :

I - o sujeito passivo deverá acessar o SIARE para conhecer todas as informações relativas à inconsistência, mediante utilização de login e senha ou de Certificado Digital;

II - o sujeito passivo poderá ser comunicado, mediante e-mail cadastrado, da existência de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inconsistência de sua reponsabilidade indicada no Módulo de Autorregularização do SIARE, caso em que, para conhecer as informações completas relativas à inconsistência, será observado o disposto no inciso I;

III - para pagamento integral ou parcelamento do crédito tributário decorrente da inconsistência, o sujeito passivo poderá, por meio do SIARE e antes do recebimento do Auto de Início de Ação Fiscal, efetuar autodenúncia relativa à inconsistência, mediante Termo de Autodenúncia Eletrônico - TA-e;

IV - efetuada a autodenúncia de que trata o inciso III, o sujeito passivo deverá, no prazo de trinta dias contados da formalização do Termo de Autodenúncia Eletrônico - TA-e -, efetuar o pagamento integral do crédito tributário, utilizando documento de arrecadação emitido por meio do SIARE, ou solicitar o parcelamento por meio do referido sistema.

§ 2º - A não indicação de inconsistência em nome do sujeito passivo no Módulo de Autorregularização do SIARE não atesta a sua regularidade em relação às suas obrigações tributárias.

Apesar da oportunidade de regularização, a Contribuinte se manteve inerte, ensejando a lavratura do AIAF nº 10.000030865.82 para ciência do início da ação fiscal e solicitação dos documentos.

Ressalta-se que mesmo após o início da ação fiscal, a Impugnante sequer apresentou a documentação requerida.

Quanto à alegação de que não haveria como identificar a forma como foi apurada a irregularidade apontada no lançamento, verifica-se que os cálculos foram todos lastreados na legislação tributária vigente.

Destaca-se que o cálculo da antecipação tributária do ICMS exigida no presente lançamento observou comando disciplinado no art. 42, § 14 do RICMS/02, combinado com o art. 13, § 5º da Lei Complementar nº. 123/06 e com o art. 43, § 8º, inciso I do referido Regulamento do ICMS.

Pelas normas em epígrafe, a Contribuinte até 31/12/15 deveria ter recolhido a diferença direta entre as alíquotas interna e interestadual vigentes e a partir de 01/01/16, em decorrência das alterações trazidas pelo § 14, do art. 42 do RICMS/02, a base de cálculo passou a incluir o ICMS por dentro, nos termos do citado § 8º do art. 43 do RICMS/02.

Observa-se tanto na amostragem dos DANFES dos remetentes quanto nas planilhas de cálculo por item de Nota Fiscal Eletrônica (Anexo 3), que a Fiscalização utilizou as informações consignadas nos documentos fiscais de entrada tanto para identificação da base de cálculo da antecipação, bem como da alíquota interestadual informada e do tipo mercadoria adquirida para fins de cobrança do tributo devido.

Desta forma, verifica-se que os cálculos estão demonstrados em fiel cumprimento à legislação de regência.

Rejeita-se, pois, as prefaciais arguidas.

### **Da produção de Prova pericial**

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial como forma de abordar sua escrituração contábil e fiscal e rever o lançamento. Para tanto formula os quesitos de fls. 63.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos e documentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pelo próprio Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial.

### **Do Mérito**

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS pela Autuada, empresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, da

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

antecipação do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, conforme apurado na relação de notas fiscais relacionadas no Anexo 3 (fls. 22/34) e mídia eletrônica (DVD de fls. 35), em desacordo com o previsto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar (LC) nº 123/06 c/c art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de 01/11/15 a 28/02/19.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Discorre a Impugnante acerca da imputação fiscal que lhe foi atribuída e assevera que as exigências em questão decorreriam do Convênio ICMS nº 93/15, mais especificamente de sua Cláusula Nona.

Alega que tal dispositivo teve sua eficácia suspensa por força de decisão prolatada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em sede liminar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.464, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Nesta perspectiva, aduz que as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional estariam desobrigadas de recolher a diferença de alíquotas em operações interestaduais até o julgamento final da ação.

Contudo, falece razão à Impugnante.

Com efeito, a mencionada ação judicial (ADI nº 5.464) tem por objeto as exigências resultantes do Convênio ICMS nº 93/15, editado em face da Emenda Constitucional nº 87/15, que, como bem assinalado pela Fiscalização, nada tem a ver com o presente lançamento.

De fato, por meio da citada Emenda Constitucional, restou determinada a divisão, entre os estados de origem e de destino, da receita tributária incidente nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Isto posto, a discussão travada no âmbito da ADI nº 5.464 diz respeito à disposição contida na Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 93/15, segundo a qual aplicar-se-iam as disposições do dito Convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

Vê-se, portanto, que se trata de hipótese diversa daquela que suscitou o presente lançamento.

Há de se destacar que a Autuada é optante pelo regime do Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123/06, regime de tributação diferenciado para micros e pequenas empresas, tratando-se de recolhimento unificado de impostos e contribuições da união, estados, Distrito Federal e dos municípios.



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência da antecipação do imposto fundamenta-se no item 2, alínea “g”, inciso XIII, § § 1º e 5º, art. 13, da Lei Complementar nº 123/06, abaixo reproduzido:

### LEI COMPLEMENTAR Nº 123

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

O objetivo dessa cobrança é equiparar a carga tributária incidente nas operações internas e interestaduais, ou seja, o intuito, sob o ponto de vista tributário, é equalizar a tributação relativa à aquisição interestadual, que normalmente é feita com a incidência de alíquotas menores, com a tributação incidente nas operações internas, normalmente efetuadas mediante aplicação de alíquotas superiores às interestaduais.

Em outras palavras, não fosse a exigência do imposto equivalente à diferença entre as alíquotas, haveria vantagem indevida para as empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional que adquirem mercadorias de outros estados em relação àquelas que realizam suas compras internamente, visto que o ICMS que incide sobre a operação interestadual é, em regra, menor do que àquele incidente no âmbito interno do estado.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, resta evidente que a legislação de regência, impõe ao optante pela sistemática do Simples Nacional a obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS nas hipóteses em que realize operações com bens ou mercadorias adquiridas de estabelecimentos localizados em outro estado da Federação.

Diante dessa autorização legal, o estado de Minas Gerais estabeleceu a referida cobrança às empresas optantes pelo regime diferenciado do Simples Nacional, nos termos do art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Lei 6.763/75

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

§ 5º O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de:

(...)

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.” **(Efeitos de 28/12/07 a 28/12/17)**

Como não poderia deixar de ser, o Regulamento do ICMS disciplina a matéria nos mesmos termos, *in verbis*:

Art. 42 (...)

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual e devido na entrada de mercadoria destinada à industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação, observado o disposto no inciso XXII do caput do art. 43 deste Regulamento.

(...)

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

XXII - na entrada, no estabelecimento de microempresa ou empresa de pequeno porte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada à comercialização ou industrialização, bem como na utilização de serviço de transporte, na forma prevista no § 14

do art. 42 deste Regulamento, a base de cálculo sobre a qual foi cobrado o imposto na origem.

XXIII - nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 14 do art. 42, quando se tratar de mercadoria remetida por contribuinte enquadrado no Simples Nacional, o valor da operação.

Tal regramento existe desde a implantação do regime de tributação do Simples Nacional e já foi referendada pelo Poder Judiciário por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a seguir transcrita:

STJ – RESP 1193911/MG - RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA - DATA DO JULGAMENTO: 04/11/2010

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002. EXIGIBILIDADE.

1. A CONTRIBUINTE É EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL QUE ADQUIRE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. INSURGE-SE CONTRA A EXIGÊNCIA, POR LEI DE SEU ESTADO, DO DIFERENCIAL ENTRE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL (MENOR) E A INTERNA (MAIOR).

2. APESAR DE RECONHECER QUE O ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002 DETERMINA O RÉCOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, A CORTE ESTADUAL ENTENDEU QUE A LEGISLAÇÃO LOCAL DEVERIA, NECESSARIAMENTE, PREVER A COMPENSAÇÃO POSTERIOR, O QUE NÃO HOUE. POR CONTA DA OMISSÃO DA LEI ESTADUAL EM REGULAR A MATÉRIA, A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL SERIA INVÁLIDA.

3. INEXISTE DEBATE A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO LOCAL. É INCONTROVERSO QUE A LEI MINEIRA EXIGE O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NA ENTRADA DA MERCADORIA EM SEU TERRITÓRIO E NÃO PERMITE COMPENSAÇÃO COM O TRIBUTO POSTERIORMENTE DEVIDO PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL.

4. TAMPOUCO HÁ DISSÍDIO QUANTO À INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE ADMITE A SISTEMÁTICA SIMPLIFICADA E PREVÊ, COMO REGRA, O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

5. A DEMANDA RECURSAL REFERE-SE EXCLUSIVAMENTE À ANÁLISE DO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002, PARA AFERIR SE A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA É AUTO-APLICÁVEL.

6. O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA APENAS GARANTE AO ESTADO DE DESTINO A PARCELA QUE LHE CABE NA PARTILHA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CASO NÃO HOUVESSE COBRANÇA DO DIFERENCIAL, OCORRERIA GRAVE DISTORÇÃO NA SISTEMÁTICA NACIONAL DESSE IMPOSTO. ISSO PORQUE A AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA SERIA

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SUBSTANCIALMENTE MENOS ONEROSA DO QUE A COMPRA NO PRÓPRIO ESTADO, SUJEITA À ALÍQUOTA INTERNA "CHEIA".

7. SOBRE UM INSUMO, POR EX., DO RIO DE JANEIRO DESTINADO A MINAS GERAIS, INCIDE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 12%. SE O MESMO INSUMO FOR ADQUIRIDO NO PRÓPRIO ESTADO, A ALÍQUOTA INTERNA É DE 18%.

8. A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NÃO ONERA A OPERAÇÃO POSTERIOR, PROMOVIDA PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, APENAS EQUALIZA A ANTERIOR, REALIZADA PELO FORNECEDOR, DE MODO QUE O DIFERENCIAL DE 6%, NESSE EXEMPLO (= 18 - 12), SEJA RECOLHIDO AOS COFRES DE MINAS GERAIS, MINORANDO OS EFEITOS DA CHAMADA "GUERRA FISCAL".

9. ISSO NÃO VIOLA A SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL, NÃO APENAS PORQUE A COBRANÇA DO DIFERENCIAL É PREVISTA EXPRESSAMENTE PELO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002, MAS TAMBÉM PORQUE A IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO COM AS OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES É VEDADA EM QUALQUER HIPÓTESE, E NÃO APENAS NO CASO DO DIFERENCIAL.

10. DE FATO, A LEGISLAÇÃO MINEIRA NÃO PREVÊ A COMPENSAÇÃO DO ICMS RECOLHIDO NA ENTRADA (DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA), O QUE É INCONTROVERSO, PELA SIMPLES RAZÃO DE QUE ISSO É EXPRESSAMENTE OBSTADO PELO ART. 23, CAPUT, DA LC 123/2002.

11. AO NEGAR EFICÁCIA AO DISPOSTO NO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002, O TJ-MG VIOLOU A LEI FEDERAL, DESCARACTERIZANDO O PRÓPRIO SIMPLES NACIONAL, O QUE IMPÕE A REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

12. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

O cálculo do ICMS devido, a título de antecipação de alíquotas, foi realizado consoante o disposto no art. 42, § 14 do RICMS/02, combinado com o art. 13, § 5º da Lei Complementar nº. 123/06 e com o art. 43, § 8º, inciso I do referido Regulamento do ICMS. Confira-se:

### RICMS/02

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que receber em operação interestadual mercadoria para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste Regulamento. **(Efeitos de 1º/01/16 a 16/08/17)**

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual e devido na entrada de mercadoria destinada à industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação, observado o disposto no inciso XXII do caput do art. 43 deste Regulamento.

Lei Complementar nº 123/06

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

RICMS/02

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

Por conseguinte, sempre que empresa optante pelo Simples Nacional adquirir em operação interestadual mercadoria destinada à industrialização ou comercialização, deverá fazer o recolhimento do "ICMS antecipação" no caso em que a alíquota interna com os produtos adquiridos for superior à alíquota aplicada à respectiva operação interestadual, sem onerar a operação posterior, isso por expressa previsão legal, preservada a não cumulatividade.

Quanto as alíquotas aplicadas para apuração da antecipação do imposto os § 1ª e 5º do art. 13 da Lei Complementar 123/06 dispõem que tal exigência observará a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas.

Os produtos objeto do lançamento tem alíquota internas de 18% (dezoito por cento), conforme demonstrado no Auto de Infração e anexos.

A alíquota de 12% (doze por cento), prevista no art. 42, inciso I, alínea "b", subalínea "b.55" do RICMS/02, transcrito pela Impugnante às fls. 58, vigente até 31/12/15, refere-se às operações oriundas do estabelecimento industrial fabricante, enquanto que mesmo no referido período de vigência, para os contribuintes atacadistas, distribuidores ou varejistas, a alíquota interna aplicável era a de 18% (dezoito por cento).

Conforme destacado na manifestação fiscal, o Fisco, ciente desta diferença de tratamento tributário, tomou todas as precauções para identificar e separar as entradas de acordo com o CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) e a descrição da mercadoria, como declarados pelos emitentes dos documentos fiscais.

Tanto que para o ano de 2015, apenas uma operação de entrada foi identificada com CFOP 6.102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), ou seja, aquela em que o próprio fornecedor emitente reconhece e declara que não são de sua fabricação própria, mas oriundas da aquisição de terceiros, atuando neste caso como um revendedor ou atacadista destas mercadorias e portanto, sujeita à alíquota interna de 18% (dezoito por cento) para apuração da antecipação tributária.

Todas as demais exigências deste Auto de Infração são de períodos posteriores a 01/01/16 e sujeitas a alíquota interna de 18% (dezoito por cento), sendo descabida a arguição do Impugnante de que houve erro grosseiro na aplicação da alíquota pela Fiscalização.

Diante disso, correta a exigência de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - Havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

**Sala das Sessões, 03 de março de 2020.**

**Marco Túlio da Silva**  
**Relator**

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior**  
**Presidente**